

Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta” *

INDICE

- 1.- *La Costituzione e il richiamo alla “giustizia”.*
- 2.- *Dal vecchio al nuovo art. 111 della Costituzione.*
- 3.- *La “novità” della ragionevole durata.*
- 4.- *La sentenza giusta.*

*Relazione al Convegno “La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi”.
Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 – 20 maggio 2017.

1.- *La Costituzione e il richiamo alla “giustizia”.*

Forse per sobrietà, forse per cultura prevalentemente positivista, i nostri Costituenti hanno fatto un solo riferimento alla giustizia come *bene* o *valore*, alludendo ad essa, nelle altre nove occorrenze in cui l’hanno menzionata¹, soltanto come *funzione* (e dunque come sinonimo di “giurisdizione”)². Il riferimento s’incontra all’art. 11, nel contesto dell’assenso costituzionale “*alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*”, e a prima vista parrebbe implicare il convincimento della possibilità di una definizione giuridica della relativa nozione (sostanziale), dalla quale desumere (almeno se vale l’assunto della pratica operatività di tutte le norme costituzionali)³ anche conseguenze concrete. A uno sguardo più attento, però, la previsione costituzionale non può giustificare un simile approdo. “Pace” e “giustizia”, infatti, stanno entro un’endiadi, volendosi significare che un ordinamento giusto dei rapporti fra le nazioni è appunto un ordinamento di pace, sicché non viene in questo modo elevata la pretesa di acquisire al mondo del diritto costituzionale positivo il problematico, per non dire insondabile, campo della giustizia, ma, più modestamente, si vuole proclamare il convincimento dei Costituenti che un ordine pacifico dei rapporti fra le Nazioni non può che essere al contempo un ordine giusto. La conferma viene anche dal decisivo inciso che precede, laddove le limitazioni di sovranità sono consentite solo “*in condizioni di parità con gli altri Stati*”, il che non avrebbe senso se fosse in giuoco il valore della giustizia in sé, il quale non potrebbe mai cedere all’interesse dello Stato alla conservazione delle sue prerogative sovrane.

Non muoversi sulla linea della piena coincidenza fra diritto e giustizia fu saggio. Certo, il diritto può positivizzare valori morali, ma il caso della giustizia è affatto particolare, perché si tratta del valore nel quale tutti gli altri si riassumono e dal quale sono condizionati (come qualificare valore un *quid*, infatti, se non è “giusto”?). L’enormità e la sostanziale indefinibilità (in termini di diritto positivo) del campo

¹ Oggi il lemma “giustizia” ricorre in altri due casi: all’art. 111, comma 1, modificato dalla l. cost. n. 2 del 1999, di cui si tratterà diffusamente, e all’art. 116, comma 3, modificato dalla l. cost. n. 3 del 2001, che - come è noto - contiene il (linguisticamente goffo e discutibile) riferimento alla “*giustizia di pace*”.

² Anche quando l’art. 100, comma 1, proclama che “*Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione*” non si vuole dir altro che l’amministrazione è, così, sottoposta al controllo giurisdizionale. Certo, proprio l’idea che la giurisdizione amministrativa facesse valere la “giustizia nell’amministrazione” era stata alla base della nota tesi orlandiana della sua natura di giurisdizione di diritto obiettivo (V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo tratt. compl. di dir. amm.*, diretto dallo stesso Orlando, Milano, Milano, Società Editrice Libreria, 1923, Vol. III (2° ed.), Parte II, 127 sgg.), ma, come si vedrà appresso, l’alternativa fra questa visione e quella della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di situazioni soggettive è assai meno radicale di quanto si pensi, nel contesto di una Costituzione come la nostra.

³ Alcune delle proclamazioni più esplicite di questo principio si incontrano nelle sentt. Corte cost., n. 29 del 1995 (quanto alla sindacabilità della necessità e dell’urgenza dei decreti legge) e n. 81 del 2012 (quanto alla sindacabilità degli atti politici).

assiologico aperto dal richiamo alla giustizia dovevano indurre alla prudenza. Non solo. Quel richiamo, sia pure involontariamente, avrebbe potuto evocare la delicatissima questione della possibilità di riconoscere o meno la qualificazione di “diritto” a un ordinamento non “giusto”. Essa era stata posta già da Cicerone, ma (pur entro una concezione che poi sarebbe stata definita “giusnaturalistica”) nel senso che resta comunque “legge” anche quella che è “ingiusta”, essendo “[...] *vero* [...] *stultissimum, omnia iusta esse, quae sita sint in populorum institutis aut legibus*”⁴. Ciononostante, tale questione è ritornata, ciclicamente, per ragioni storiche facilmente comprensibili. Così, l’idea che la legge sia tale solo se giusta è stata sostenuta in una linea di pensiero che va da Coke a Blackstone perché si voleva proteggere il più possibile il *law of the land*, matrice e garanzia delle libertà inglesi⁵. E ancor più chiara è la ragione che guidò Gustav Radbruch a sostenere che potrebbero darsi ipotesi di diritto/non diritto quando il precetto normativo è contrario ai principi di giustizia⁶: si trattava di reagire alla barbarie del nazismo e al suo uso del diritto positivo come congegno per l’annientamento del nemico. Posizioni del genere, però, per quanto ispirate alle migliori intenzioni, comportano rischi gravissimi. Per quanto riguarda in particolare Radbruch, sono noti i rilievi critici di Hart, il quale constatò che l’applicazione delle sue tesi da parte dei tribunali tedeschi nel secondo dopoguerra era stata segnata da preoccupanti abusi⁷, ma il punto forse più delicato è che la sua posizione trasformava in questione giuridica una questione morale, qual è quella del diritto di resistenza. Anzi, trasformava quel diritto in dovere (in questa prospettiva, obbedire alla legge ingiusta non è solo immorale, ma è illecito), ovviamente sanzionabile. Sanzionabile, però, secondo concetto, anche in ragione di concezioni della giustizia eventualmente disarmoniche con i valori delle democrazie pluralistiche: una volta che si ammette il diritto di resistere all’ordinamento “ingiusto” si deve mettere nel conto che dell’ingiusto non esiste una nozione indiscussa e che per il pensiero totalitario è proprio l’ordinamento democratico che deve subire quella qualificazione. Insomma, una vera *Heterogonie der Zwecke*, per dirla con Wilhelm Wundt⁸.

⁴ CICERONE, *De legibus*, I, 15, 42.

⁵ Lo rileva, riferendosi a Coke, C.H. MC ILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York, Cornell Univ. Press, 1947, trad. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990, 36.

⁶ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, 105 sgg.

⁷ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* (1958), spec. 618 sgg. Nota è anche la replica di L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, in 71 *Harv. L. Rev.* (1958), spec. 632 e 650 sgg.

⁸ È a Wundt, infatti, che risale la “legge”, appunto, della “*Heterogonie der Zwecke*”: raramente gli scopi raggiunti dall’agire umano corrispondono alle intenzioni dell’agente (“*Jedes nach Zwecken handelnde Wollen erreicht daher Zwecke, die nicht gewollt, weil nicht vorausgesehen waren*”: W. WUNDT, *System der Philosophie*, 2^a ed., Leipzig, Engelmann, 1897, 328).

Una grande prudenza, pertanto, era necessaria. E il fatto che questa prudenza abbia ispirato la Costituzione dovrebbe indurre a rifiutare non solo l'attuale tendenza a negare il plurisecolare percorso di separazione del diritto dalla morale⁹, ma anche tutte le posizioni che mirano a caricare il giudice del compito di assicurare, più che il rispetto della legge (e della Costituzione), la giustizia del caso singolo.

Acqua al mulino di queste posizioni, tuttavia, parrebbe essere portata dalla l. cost. n. 2 del 1999, che, novellando l'art. 111 Cost., ha introdotto un nuovo primo comma, a tenor del quale *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*. L'intero art. 111 così novellato è stilisticamente e culturalmente molto diverso dall'originario, ma (ammesso che una legge di revisione potesse legittimamente farlo senza violare i principi fondamentali) non sembra affatto che abbia introdotto in Costituzione una nozione sostanziale della giustizia e del processo. Il riferimento al processo “giusto”, infatti, non può essere disgiunto da quello alla legge. Parlare di *“giusto processo regolato dalla legge”*, infatti, significa semplicemente dire che la legge deve regolare il processo e che è qualificabile come giusto quel processo che si svolge nell'osservanza della legge che lo regola. Nulla più di questo, esattamente come nulla di più si evince da quanto stabilisce l'art. 25 Cost., allorché impone la garanzia del *“giudice naturale precostituito per legge”*. Come si sa, da decenni la giurisprudenza costituzionale afferma che *“la locuzione «giudice naturale» è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di «giudice precostituito per legge», il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie”*¹⁰. Analogamente, dire processo “giusto” ai sensi dell'art. 111 Cost. e dire processo “legale” è esattamente la stessa cosa, come è esattamente la stessa cosa dire *due process of law* o *fair trial* (altre formule apparentemente evocative di idealità superpositive)¹¹ e processo rispettoso delle norme di diritto¹².

⁹ Solo “nelle chiuse comunità primitive”, infatti, “morale, diritto e costume formano un tutto indistinto”: E. PARESCE, *Morale e costume*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 1.

¹⁰ Sent. n. 29 del 1958 e, poi, molte altre. Da ultimo, sent. n. 159 del 2014, nella quale si scrive che l'art. 25 Cost. è rispettato *“quando l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge e la sua competenza sia definita sulla base di criteri generali fissati in anticipo, nel rispetto della riserva di legge”*. In dottrina, sulla coincidenza di significato di “naturale” e “precostituito”, ad es., R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, *Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981, 157.

¹¹ Una nozione meramente formale di *due process of law*, ovvero di *fair trial*, è abbracciata dalla giurisprudenza della CEDU: v. sent. Sez. I, 6 luglio 2010, ric. n. 54111/07, *Star Cate – Epilekta Gevmata and Others v. Greece*, lett. a) della parte motiva.

Più complessa è la questione del c.d. *substantive due process*. L'idea di desumere principi sostanziali dalla garanzia formale del XIV Emendamento della Costituzione USA, probabilmente, scaturisce dalla ritenuta necessità di arricchire un catalogo di diritti costituzionali assai scarno e di trovare, fra i diritti espressamente o implicitamente garantiti dalla Costituzione, un “ordine”, come risulta bene dalla famosa

Se le cose stanno così, è dubbio che l'enfatico esordio del novellato art. 111 Cost. (nel quale risuona l'eco dell'art. 6 CEDU, intitolato al "Diritto a un equo processo", così come dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e dell'art. 10 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948) aggiunga molto a quanto il nostro ordinamento già prevedeva. È vero, infatti, che ora la riserva di legge in materia processuale è fissata esplicitamente, ma già prima nessuno dubitava che le regole del processo dovessero essere determinate dalla fonte primaria, sia in forza dell'art. 24 Cost. (non può darsi autentico diritto di difesa senza una legge che lo regoli) che dell'art. 101, comma 2, Cost., che fissa il principio della soggezione del giudice alla (sola) legge. E non sembra giuridicamente molto precisa la tesi che la novità in commento avrebbe almeno il senso di indurre la Corte costituzionale a un maggiore *self restraint* quanto ai suoi interventi nomopoietici¹³, non potendosi derivare dalle norme costituzionali semplici indicazioni di linee di tendenza o evocative suggestioni di stati d'animo, ma dovendosi loro ascrivere uno specifico contenuto precettivo¹⁴.

Si sa bene che la dottrina processualistica ha molto discusso della portata innovativa del nuovo primo comma dell'art. 111 Cost. e che se molti hanno sostenuto la posizione qui accennata¹⁵ non sono mancate voci contrarie, che vi hanno letto una sorta di rivoluzione copernicana, alla quale avrebbe dovuto far seguito un netto mutamento di

Footnote 4 di United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938). Nemmeno in questo caso, però, sembrano evocarsi le idealità superpositive di cui si parla nel testo e in giuoco è solo l'alternativa fra interpretazione testuale/originalista e interpretazione sistematica/evolutiva della Costituzione.

¹² Analogamente, P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca (cont. da A. Pizzorusso), Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1987, 88. Correttamente M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 101, nega che il novellato art. 111 Cost. abbia abbracciato una nozione sostanziale di "giusto processo". Ed è ovvio che sia così, per la semplice ragione che l'interprete di una Costituzione come l'italiana, fitta di diritti, non avrebbe alcun motivo di arrampicarsi sugli specchi di una concezione sostanzialistica del processo, come (si è visto alla nota che precede) si è ritenuto di dover fare nell'esperienza nordamericana.

¹³ Così, invece, P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 101.

¹⁴ Se, poi, si volesse dedurre dalla nuova norma costituzionale addirittura il divieto di interventi nomopoietici (così M. RAMAJOLI, *Giusto processo*, cit., 110), si andrebbe probabilmente troppo in là, perché (sebbene sia vero che - come si accenna nel testo - la novella del 1999 è stata motivata anche dall'intento di arginare la Corte) lo stesso dovrebbe valere in *tutte* le materie coperte da riserva (assoluta) di legge. Bene fa, comunque, l'A. ora citata a insistere sull'esigenza che le norme processuali siano massimamente precise e lascino il minimo spazio alla discrezionalità del giudice.

¹⁵ V., ad es., S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001, 13 ss.; L. LANFRANCHI, "Pregiudizi illuministici" e "giusto processo civile", in AA. VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, Giappichelli, 2001, ora in ID., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2011, spec. 494 (ove si osserva che il nuovo art. 111 Cost. "introduce e chiarisce la formula del «giusto processo»" e che il giusto processo è "rigarantito dall'art. 111 Cost."); P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 90, 102 e *passim*.

indirizzi giurisprudenziali, in senso marcatamente garantista. Questa seconda opinione, però, in genere è argomentata con il richiamo ai successivi svolgimenti dei commi più specificamente rivolti al processo penale¹⁶. Se così non fosse, d'altro canto, essa resterebbe davvero scarsamente comprensibile, una volta che la si mettesse a raffronto con la giurisprudenza costituzionale anteriore alla l. cost. n. 2 del 1999, nella quale l'espressione "giusto processo" aveva fatto da tempo la sua comparsa, talvolta accanto a "giusto procedimento"¹⁷, talaltra come nozione da questa distinta e riservata (anziché all'amministrazione) alla giurisdizione¹⁸. Anzi, un paio d'anni prima della novella, la stessa Corte aveva affermato espressamente che "*del principio del giusto processo*" la sua giurisprudenza, "*in numerose occasioni, [aveva] definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina della giurisdizioni*"¹⁹.

In effetti, è proprio richiamando quel principio che la Corte aveva fatto valere, ad esempio, l'uguaglianza delle parti²⁰ e la parità delle armi²¹; il diritto alla difesa tecnica²²; la funzionalizzazione del processo (civile) alla definizione delle controversie nel merito²³; l'estensione al procedimento disciplinare amministrativo di alcune garanzie tipiche del processo giurisdizionale²⁴; la necessità che i termini per le impugnazioni decorrano dal momento in cui l'atto da gravare è stato portato a conoscenza dell'interessato²⁵; la necessità che "*il giudizio si formi in base al razionale apprezzamento delle prove raccolte ed acquisite*"²⁶; l'esigenza della terzietà del giudice (che comporta il divieto di pronunciarsi due volte nel merito sul medesimo oggetto ed è

¹⁶ Cfr., peraltro, fra gli studiosi del processo amministrativo, M. RAMAJOLI, *Giusto processo*, cit., 105 sgg., che vede nel nuovo art. 111 Cost. anzitutto il *medium* dell'identificazione di un modello "minimo" di processo giusto, al quale tutti i singoli riti dovrebbero essere raffrontati, così correggendo la nota giurisprudenza costituzionale che ammette rilevanti differenze fra processo e processo in ragione delle rispettive "esigenze" (da ultimo, sent. n. 199 del 2017). Senonché, se vale quanto si dice nel testo, la critica al ricordato indirizzo giurisprudenziale avrebbe potuto e dovuto essere condotta già prima: la novella del 1999 non ha aggiunto alcunché di nuovo.

¹⁷ Sent. n. 86 del 1968.

¹⁸ Sent. n. 978 del 1988.

¹⁹ Sent. n. 306 del 1997.

²⁰ Sent. n. 188 del 1980.

²¹ Ord. n. 421 del 1997.

²² Ord. n. 421 del 1997, cit.

²³ Sent. n. 220 del 1986: il giusto processo civile "*vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice*".

²⁴ Sent. n. 17 del 1991.

²⁵ Sent. n. 201 del 1993.

²⁶ Sent. n. 371 del 1996.

assicurata anche dagli istituti dell'astensione e della ricsuzione)²⁷. Certo, nella giurisprudenza costituzionale non si rinviene una definizione in positivo di *tutti* gli elementi costitutivi del giusto processo (si dice, anzi, in negativo, che “*le norme del procedimento ordinario non possono essere assunte a paradigma assoluto del c.d. «giusto processo»*” e che “*un modulo processuale non può essere assunto a modello costituzionale del giusto processo*”)²⁸, ma questo non solo non significa affatto che la Corte abbia dovuto attendere il novembre del 1999 per sviluppare una sua giurisprudenza sulla questione, ma dimostra - anzi - l'esatto contrario.

L'espressione “giusto processo”, infatti, non è stata usata dalla giurisprudenza casualmente o inconsapevolmente, bensì con l'intenzione dichiarata di trovare una formula riassuntiva che abbracciasse una pluralità di principi costituzionali. Alcuni precedenti sono, sul punto, illuminanti. Così, a fronte di alcune ordinanze di rimessione che avevano invocato gli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 25, 27, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., la Corte ebbe a ricordare che “*I parametri costituzionali che i giudici rimettenti invocano convergono nel configurare quello che, in numerose occasioni, questa Corte ha indicato come il «giusto processo» voluto dalla Costituzione*”²⁹. Con ancor maggiore chiarezza, in un'altra occasione precisò espressamente che quella del giusto processo è la “*formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio*”³⁰. Infine, offrendo significative precisazioni anche contenutistiche, affermò che “*uguaglianza di trattamento, diritto di difesa, precostituzione del giudice naturale, presunzione di non colpevolezza, terzietà del giudice*” sono i principi costituzionali “*che delineano il giusto processo*”³¹.

Nessuna invenzione del legislatore di revisione, insomma, ma un terreno già abbondantemente arato (oltre che dalla dottrina, ovviamente) dalla giurisprudenza, che del principio non solo aveva già dato una lettura assai incisiva³², ma l'aveva fatto coincidere con il complesso dei principi costituzionali in materia di giurisdizione,

²⁷ Sentt. nn. 124 e 186 del 1992; 432 del 1995; 131, 177 e 371 del 1996, cit.; 66, 306, 307, 308, 331 e 364 del 1997; 290 del 1998; 241, 381 e 387 del 1999; ordd. nn. 340 e 342 del 1997; 203 e 242 del 1998; 29, 127, 133, 135, 313 e 444 del 1999.

²⁸ Così, rispettivamente, sent. n. 189 del 1988 e sent. n. 500 del 1995. Analogamente, sentt. nn. 381 e 387 del 1999, cit. La Corte ha anche precisato che nemmeno l'art. 6 CEDU impone un modello unico di processo (sent. n. 399 del 1998).

²⁹ Sent. n. 155 del 1996.

³⁰ Sent. n. 131 del 1996, cit.

³¹ Sent. n. 311 del 1997.

³² Come si legge nella sent. n. 371 del 1996, cit., il giusto processo “*attinge alla pienezza del suo valore solo se inteso nel suo significato sostanziale*”.

sicché la sua esplicitazione nel nuovo testo dell'art. 111 Cost. non spostava i termini della questione.

Non per questo, però, la novella del 1999 è priva di apporti innovativi, che - tuttavia - vanno cercati fuori dal nuovo primo comma dell'art. 111 Cost.

2.- Dal vecchio al nuovo art. 111 della Costituzione.

Che dal vecchio al nuovo articolo 111 della Costituzione qualcosa, anche nella sostanza, sia cambiato lo si potrebbe intuire anche senza ragionare sui contenuti delle due versioni, ma limitandosi a constatare quali furono le scelte che si fecero a proposito di quell'articolo in un'opera di riferimento come il *Commentario Branca*. Se nel 1987, infatti la relativa trattazione fu affidata a un autorevole processualcivilista (Vittorio Denti)³³, nel 2006, nel volume dedicato alle leggi costituzionali succedutesi negli ultimi anni, il compito spettò a un autorevole processualpenalista (Paolo Ferrua). E se Denti aveva scritto una quarantina di pagine Ferrua fu costretto a scriverne più di cento³⁴. Cosa era accaduto era dunque evidente: il vecchio art. 111 interessava ogni tipo di processo ed era sintetico; il nuovo si rivolgeva soprattutto al processo penale ed era analitico. La stessa l. cost. n. 2 del 1999, all'art. 2, chiariva testualmente quale fosse il proprio oggetto privilegiato, disponendo che “*La legge regola l'applicazione dei principi contenuti nella presente legge costituzionale ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore*” e disinteressandosi degli altri tipi di processo. Del resto, che l'intento del legislatore di revisione fosse esattamente quello di dettare una nuova disciplina soprattutto del processo penale risultava chiaramente dalla storia della legge, che si inseriva in una fase di acuto scontro fra politica, magistratura comune e magistratura costituzionale³⁵.

Eppure, se il terzo, il quarto e il quinto comma del nuovo art. 111 concernono (assieme a quello che, pur rimanendo intatto nella sua formulazione, è divenuto il settimo) esclusivamente il processo penale, i primi due hanno una formulazione tale da renderli idonei all'applicazione in qualunque dominio processuale, così come in qualunque dominio processuale resta applicabile quello che è divenuto il sesto comma “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”, mentre al processo amministrativo e a quello contabile resta riservato quello che è divenuto l'ottavo

³³ V. DENTI, *Articolo 111*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1987, 1 sgg.

³⁴ P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 69 sgg.

³⁵ P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 80 sgg. Sulla destinazione della novella essenzialmente al processo penale la dottrina sembra unanime. V., ad es., V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 43 sgg. (con ampia ricostruzione della genesi della novella costituzionale); P. PELLEGRINELLI, *Giusto processo (civile)*, in *Giust. amm.*, Torino, UTET, 2007, 647.

“*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”. Si tratta di capire, allora, se, alla luce del nuovo scenario, qualcosa debba cambiare nell’interpretazione del sesto e dell’ottavo comma e, soprattutto, se il secondo contenga novità normativamente rilevanti.

Partiamo da questo secondo problema, che è dirimente. Il secondo comma dispone che “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”. Nessuna di queste previsioni muta il precedente quadro costituzionale. Si tratta di quattro principi: a) del contraddittorio; b) della parità fra le parti; c) della terzietà e imparzialità del giudice; d) della ragionevole durata del processo. Nessuno di questi è una novità, perché tutti e quattro potevano essere agevolmente enucleati non solo dal vecchio art. 111, ma anche (e forse soprattutto) dalle altre norme costituzionali in materia di giurisdizione e di processo. Così, il principio del contraddittorio e quello della parità fra le parti potevano desumersi dall’art. 24 Cost.; quelli di terzietà e imparzialità dagli artt. 25 e 101, comma 2, Cost.; il principio della ragionevole durata, ovviamente, dal principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. e ancora dall’art. 24³⁶.

Si potrebbe obiettare che la novella costruisce quei principi come tratti oggettivi caratterizzanti della giurisdizione, anziché come diritti soggettivi dei protagonisti del processo, e che questo differenzerebbe il nuovo art. 111 sia dall’art. 6 CEDU sia dalla vecchia versione, almeno per come talvolta interpretata (nel senso, appunto, di desumerne situazioni di diritto soggettivo) dalla giurisprudenza costituzionale³⁷. Ma una simile obiezione non coglierebbe pienamente nel segno. Per considerarla significativa, infatti, si dovrebbe assegnare all’alternativa tra funzione di tutela del diritto oggettivo e funzione di tutela delle situazioni soggettive, da imputare alla giurisdizione costituzionale, una nettezza e una decisività ch’essa non possiede. Certo, quell’alternativa ha molto affaticato i processualciviltisti³⁸, gli amministrativisti³⁹ e i costituzionalisti⁴⁰, ma in una Costituzione democratica e pluralista, che riconosce plurime situazioni vantaggio ai singoli, deve essere ridimensionata. In un simile contesto costituzionale, infatti, la funzione di tutela oggettiva non equivale a preordinamento alla protezione degli interessi dello Stato, perché quel che “oggettivamente” si tutela è, tutt’al più, la Costituzione. Poiché, però, la Costituzione

³⁶ P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 111.

³⁷ Lo nota P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 86.

³⁸ V. i riferimenti offerti da ALF. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Milano, Giuffrè, 1962 (rist. dell’ed. 1906), 8, nt. 11.

³⁹ Si è già ricordato, per tutti, il nome di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 129 sgg.

⁴⁰ Per indicazioni, mi permetto di rinviare a M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 229, nt. 28.

costruisce i propri valori oggettivi come sostanziali epitomi delle situazioni soggettive dei singoli e delle formazioni sociali ch'essi entrano a comporre, l'alternativa cessa di caricarsi di drammaticità e si fa, piuttosto, fonte di mere differenze quantitative, non qualitative, dei modelli di controllo (si pensi, nel giudizio costituzionale, alla diversa intensità del sindacato sulla rilevanza e, nel giudizio amministrativo, alla diversa ponderazione degli interessi nel sindacato sulle domande cautelari)⁴¹.

Nonostante questa possibile obiezione, dunque, le conclusioni già raggiunte restano ferme e ne viene che non sembra corretto affermare che l'introduzione esplicita del giusto processo sarebbe "importante laddove rappresenta una conferma esplicita dell'esistenza di tale garanzia riconoscendole una rilevanza giuridica" e dando al principio "rango costituzionale"⁴², perché la sua "rilevanza giuridica" era pacifica tanto quanto lo era il suo rango costituzionale e non era solo il frutto di una giurisprudenza garantista, ma della piana interpretazione delle plurime norme costituzionali dedicate alla giurisdizione e al processo. Infatti, quando la stessa dottrina ha cercato di dare un contenuto preciso al principio del giusto processo non ha potuto fare a meno di scrivere che, secondo l'art. 111 Cost., "affinché il processo si svolga in modo giusto occorre che lo stesso sia regolato dalla legge (1° co.); siano rispettati i principi del contraddittorio tra le parti, poste in condizioni di parità; dell'imparzialità e terzietà del giudice e della ragionevole durata del processo (2° co.); i provvedimenti del giudice siano motivati (6° co.); le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale siano sempre impugnabili con il ricorso in cassazione per violazione di legge (7° co.)"⁴³, il che è esattamente quello che era stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale anteriore alla riforma, che prima s'è ricordata. Non solo, dunque, non è stato introdotto un nuovo principio fondamentale nella Costituzione (il che il legislatore di revisione non potrebbe mai fare, essendogli preclusa sia l'eliminazione di principi fondamentali originari, sia l'introduzione di principi fondamentali nuovi, costituendo questi, logicamente, un *numerus clausus*), ma non sono stati introdotti nemmeno principi - diciamo così - ordinariamente costituzionali, perché le relative garanzie erano già pienamente contemplate nel testo originario della Costituzione. In definitiva: la nozione di giusto processo era già presente in quel testo (per come letto pressoché unanimemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza); la possibilità di richiamarla in funzione "riassuntiva del

⁴¹ Queste conclusioni erano state già raggiunte, quanto al giudizio costituzionale, in M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., spec. 230 sg. Sulla complessa funzione del giudizio cautelare amministrativo (e delle ponderazioni che in quella sede si compiono), *ex multis*, M. A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1133 sgg.

⁴² P. PELLEGRINELLI, *Giusto processo (civile)*, cit., 647 sg.

⁴³ P. PELLEGRINELLI, *Giusto processo (civile)*, cit., 648.

complesso delle garanzie costituzionalizzate”, conseguentemente, era aperta *ab initio*; nemmeno l’introduzione di questa possibilità, pertanto, è il portato della novellazione⁴⁴.

Stando così le cose, e cioè considerata la natura non innovativa del secondo comma del novellato art. 111 Cost., il quesito, posto prima, sulla necessità di un’interpretazione aggiornata dei commi di quell’articolo che sono rimasti intatti (assumendo solo una numerazione diversa) deve ricevere risposta negativa, per la buona ragione che il loro contesto non è mutato. Questo, ovviamente, al di fuori del dominio del processo penale, nel quale invece - lo si è detto - alcune previsioni più specifiche introdotte dalla novella hanno effettivamente modificato in modo significativo il quadro di riferimento.

3.- La “novità” della ragionevole durata.

Come si è accennato, nemmeno il principio della ragionevole durata del processo può dirsi una novità. Tuttavia, inoppugnabilmente, si colloca al centro di un universo problematico di estrema attualità. Vale la pena, allora, di dedicargli specifica attenzione, mentre non sembra davvero il caso di avventurarsi nell’ennesimo tentativo di ripercorrere la storia e il contenuto di tutti singoli elementi del giusto processo, che si conoscono, ormai, sin troppo bene e sui quali i discorsi riassuntivi non paiono avere molta utilità.

Nel caso della ragionevole durata vengono in giuoco, almeno: svariati profili di diritto sostanziale; la problematica classica della previsione dei riti semplificati, come quello camerale; la questione della struttura dello stesso procedimento ordinario. Vediamo partitamente i tre temi.

i) I profili di diritto sostanziale sono forse i meno evidenti, ma non vanno trascurati. Essi emergono essenzialmente in campo penale.

Il principio della ragionevole durata del processo si collega strettamente, infatti, all’istituto della prescrizione, che - come è noto - nel nostro ordinamento appartiene al diritto sostanziale, non a quello processuale⁴⁵. Come si sa, la prescrizione è preordinata al soddisfacimento di due esigenze: la funzionalità della repressione penale (che non può investire troppi mezzi nel perseguimento di reati ormai lontani); la realizzazione della funzione rieducativa della pena prevista dall’art. 27 Cost.⁴⁶. Ebbene: se la prescrizione viene protratta all’eccesso, è evidente che il principio della ragionevole

⁴⁴ Come ritiene P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 94, da cui è tratto il passo prima citato nel testo.

⁴⁵ V., da ultimo, le puntualizzazioni dell’ord. Corte cost., n. 24 del 2017, nel contesto della nota vicenda *Taricco*.

⁴⁶ In dottrina si è correttamente osservato che “a distanza di molti anni dalla commissione del reato [...] il condannato potrà essere un soggetto del tutto diverso da quello che lo aveva commesso” (così B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 8).

durata del processo ne soffre⁴⁷, con pregiudizio sia della funzionalità della giurisdizione penale, sia della condizione soggettiva di quelli che sono stati chiamati “eternamente giudicabili”, perché l’imprescrittibilità del reato “*in violazione dell’art. 3 Cost., dà luogo a una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti degli imputati che vengono a trovarsi in uno stato irreversibile di incapacità processuale*”⁴⁸. Un istituto del diritto processuale (la ragionevole durata) e uno del diritto sostanziale (la prescrizione)⁴⁹, dunque, si toccano e mutualmente si alimentano.

ii) Il secondo terreno è stato percorso in lungo e in largo dal legislatore del processo amministrativo, che ha disseminato il nostro ordinamento di riti abbreviati o accelerati (da quello sugli appalti a quello sui provvedimenti delle autorità indipendenti; da quello sui provvedimenti del CSM a quello sulle espropriazioni immobiliari, etc.), ora menzionati (ma purtroppo con elencazione non tassativa) dall’art. 119 cod. proc. amm. La proliferazione di tali riti non aumenta necessariamente il tasso di efficienza del sistema delle tutele, non solo perché l’accelerazione di una controversia implica il rallentamento di un’altra⁵⁰, ma anche perché se le procedure accelerate sono troppe anche l’accelerazione finisce per non funzionare più, a fronte di risorse (umane e materiali) che restano cronicamente limitate⁵¹.

Va da sé, comunque, che non si tratta di cosa che interessi il solo processo amministrativo, per la semplice ragione che specialmente nel dominio del processo civile vi sono stati interventi molto significativi nella medesima direzione: dall’ormai risalente riforma del rito del lavoro (con la l. 11 agosto 1973, n. 533) a quella dei procedimenti sommari (con la l. 18 giugno 2009, n. 69) a quella della mediazione (con il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28). Quest’ultima, in particolare, dopo un avvio stentato a causa dei vizi di costituzionalità che l’affliggevano⁵², è stata oggetto di una recente pronuncia costituzionale, nella quale si trova un’affermazione di interesse generale, che

⁴⁷ G. CIVELLO, *La Cassazione rinvia alla Consulta la sentenza Taricco: notizia di decisione (in attesa delle motivazioni)*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1, 6; implicitamente, B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 9.

⁴⁸ Sent. 25 marzo 2015, n. 45.

⁴⁹ Come è noto, è attorno alla questione della natura (sostanziale o processuale) dell’istituto della prescrizione che ruota (almeno in apparenza, ché la partita sembra assai più complessa) il dissenso fra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia nel già ricordato caso Taricco. Su di essa v., fra i moltissimi contributi che l’hanno analizzata, almeno quelli raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017.

⁵⁰ G. VIRGA, *Verso un nuovo processo amministrativo*, in *Giust.amm.it-Rivista di diritto pubblico*, n. 10/2000, 6.

⁵¹ La *Relazione* del Presidente del Consiglio di Stato in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2017 offre, sulla questione, non pochi spunti di preoccupata riflessione (si può leggere al *sito* della giustizia amministrativa).

⁵² Come è noto, con la sent. n. 272 del 2012 la Corte costituzionale dichiarò illegittime numerose norme del d. lgs. n. 28 del 2010.

merita d'essere riportata. Scrive, infatti, la Corte che *“il meccanismo della negoziazione assistita – reso obbligatorio dalla disposizione denunciata [si trattava dell’art. 3, comma 1, del d. l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162] nelle controversie risarcitorie di danno da circolazione di veicoli o natanti – riflette un ragionevole bilanciamento tra l’esigenza di tutela del danneggiato e quella (di interesse generale), che il differimento dell’accesso alla giurisdizione intende perseguire, di contenimento del contenzioso, anche in funzione degli obiettivi del «giusto processo», per il profilo della ragionevole durata delle liti, oggettivamente pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse”*⁵³. Se ne evince che contenimento del contenzioso ed esigenze di tutela delle situazioni soggettive non sono in logica consonanza, ma devono costituire oggetto di un’attenta opera di armonizzazione da parte del legislatore e (in sede di sindacato sulle sue scelte) del giudice costituzionale.

Certo, sovente la giurisprudenza ha posto la celerità del processo e l’effettività della tutela sul medesimo piano, vuoi parlandone addirittura in forma di endiadi⁵⁴, vuoi distinguendole, epperò strettamente collegandole⁵⁵, ma non sono mancati casi in cui celerità ed effettività sono state ricostruite come esigenze diverse⁵⁶. Ed esigenze che sono diverse, ovviamente, possono anche confliggere, come del resto la stessa giurisprudenza ha dovuto riconoscere⁵⁷.

⁵³ Sent. n. 162 del 2016.

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 304 del 2011. Analogamente, Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5359; Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829; Sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527; Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7584; Sez. V, 23 novembre 2010, n. 8154. Sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 184; Ad. Plen., ord. 16 novembre 2011, n. 20, Sez. VI, 21 dicembre 2011, n. 6501; Sez. III, 7 maggio 2012, n. 2613; Ad. Plen., ord. 4 febbraio 2013, n. 4; Sez. III, 9 aprile 2013, n. 1959; Sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755; Sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2416; Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3414; nella giurisprudenza ordinaria, in senso analogo, si v. Cass. civ., Sez. Un., 25 luglio 2016, n. 15283.

⁵⁴ Giurisprudenza costante. Il passo riportato nel testo è tratto da Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1627.

⁵⁵ Corte cost., sentt. nn. 154 del 1992; 388 del 1999; 186 del 1993; 172 del 2014. Analogamente, Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4046; Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4293; Sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435; Sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373; Sez. IV, 16 gennaio 2013, nn. 258 e 259; 17 gennaio 2013, n. 275, che correttamente richiama la sent. Corte cost., n. 427 del 1999; Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 265; Sez. V, 16 maggio 2016, n. 1956.

⁵⁶ V., ad es., nella giurisprudenza ordinaria, Cass. civ., Sez. Un., ord. 26 luglio 2004, n. 14060, e soprattutto Sez. Un., 18 gennaio 2007, nn. da 1052 a 1063; Sez. III, 10 gennaio 2017, n. 258. In quella amministrativa, Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2002, nn. 3929, 3930 e 3931; Sez. V, 8 settembre 2003, n. 5032; Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2335; 19 marzo 2009, n. 1624; Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 896; Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595.

⁵⁷ V., in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, ove si legge che *“il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale non può essere inteso con un grado di ampiezza tale da ammettere ingiustificabili forme di frazionamento delle occasioni di impugnativa supportate dal solo interesse individuale a moltiplicare le iniziative contenziose”*; Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1059, ove, in tema di rito elettorale, si sottolinea la necessità di conciliare *“i contrapposti interessi in gioco della effettività della tutela giurisdizionale e della celerità e speditezza che il giudizio elettorale deve in ogni*

Si tratta di un problema delicatissimo, del quale ho avuto modo di occuparmi diffusamente nella relazione presentata al Convegno di Varenna del 2014⁵⁸ e sul quale, dunque, torno solo - riassuntivamente - per insistere su alcuni punti che ritengo essenziali. In particolare, a mio avviso: a) le inefficienze della giurisdizione non le sono sempre imputabili, ma rimontano soprattutto alle inadeguatezze della legislazione e dell'amministrazione; b) l'onere, in funzione deflattiva, di previa proposizione di un ricorso amministrativo può essere previsto solo se si assicurano tempi rapidi e certi per la definizione del relativo procedimento⁵⁹; c) la deflazione del contenzioso passa anche per l'introduzione di adeguate (e, ovviamente, costituzionalmente legittime) tecniche di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, anche se su di esse non si possono nutrire eccessive illusioni, visto il (disincentivante) rischio di incorrere in responsabilità erariale che corre l'amministratore che scelga di servirsene⁶⁰; d) pensare di arginare il contenzioso con un eccesso di filtri o di formalismi (come hanno fatto soprattutto alcune pronunce della Corte di cassazione)⁶¹ significa compromettere l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, complica oltre il lecito il lavoro del difensore e se questi commette un banale errore finisce per penalizzare l'incolpevole assistito; e) ridurre il contenzioso aumentando i costi dell'accesso alla giustizia è contrario al principio di eguaglianza sostanziale e privilegia i litiganti che hanno mezzi e possono permettersi di sostenere gli oneri del contenzioso; f) un più frequente ricorso all'istituto della sentenza in forma semplificata (in effetti, il legislatore, di recente, si è mosso nuovamente in questa direzione, in particolare disciplinando gli effetti dell'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo con l'art. 71-*bis* del c.p.a., novellato dall'art. 1, comma 781, della l. 28 dicembre 2015, n. 208) potrebbe anche essere auspicabile, ma anche qui le illusioni sono da evitare, perché "di regola la sentenza in forma semplificata non esiste da sola, ma è l'atto terminale di un rito speciale,

caso assicurare" (in termini anche Sez. V, 13 aprile 2016, n. 1477; Sez. III, 21 novembre 2016, n. 4863).

⁵⁸ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 2014, 433 sgg. (in rete è accessibile in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 1 sgg.).

⁵⁹ Peraltro, sull'effettiva idoneità dei ricorsi amministrativi "classici" a produrre effetti deflattivi del contenzioso giurisdizionale sono stati avanzati dubbi: da ultimo, M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolutions*, in *Federalismi*, n. 10/2017, 4.

⁶⁰ Su questo problema (uno dei molti esempi della paralisi che minaccia sempre più spesso l'attività amministrativa, stretta fra leggi incomprensibili o quantomeno opinabili e controllo della giustizia contabile), ora, V. GIOMI, *Adr e sindacato della Corte dei conti: dovere di amministrare oculatamente o esposizione al rischio di responsabilità amministrativa?*, in *Munus*, 2016, spec. 58.

⁶¹ Paradigmatica la sent. Cass. civ., Sez. VI, 31 marzo 2014, n. 7474.

connotato da particolare celerità”⁶² e “non si può dire per legge che un affare è semplice se non lo è”⁶³.

iii) Il terzo terreno ha visto comparire soprattutto una più rigorosa disciplina della mole degli scritti difensivi. Sul piano legislativo questa strada è stata imboccata prima dall’art. 3 del c.p.a. (“*Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*”, cui si è aggiunta la precisazione “*secondo quanto disposto dalle norme di attuazione*” con la novella di cui all’art. 7-bis, comma 1, lett. a), del d.l. n. 168 del 2016), poi dall’art. 40, comma 1, lett. a), del d. l. n. 90 del 2014, nel testo risultante dalla l. di conv. n. 114 del 2014, in materia di appalti, infine dall’art. 5 dell’All. 1 al Codice di giustizia contabile (“*Il giudice, il pubblico ministero e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*”). Quel che più conta, però, è quanto ora dispongono alcuni atti di autoregolazione (negoziata): il “Protocollo d’intesa tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria” e il “Protocollo d’intesa tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale Forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale” (entrambi del 17 dicembre 2015), nonché il Decreto del Presidente del Consiglio di Stato, recante “Disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri scritti difensivi nel processo amministrativo” del 22 dicembre 2016 (adottato in attuazione dell’art. 13-ter All. II al c.p.a.). Del resto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che il principio di sinteticità vale per tutti i tipi di processo: “*Quanto agli ulteriori aspetti della mancanza di sinteticità e chiarezza, questa Corte di cassazione ha già avuto modo di chiarire che queste condizioni sono ora fissate nel nostro ordinamento dall’art. 3 c.p.a., comma 2, che esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile la cui mancanza, espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell’impugnazione, in quanto rischia di pregiudicare l’intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l’esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, con ciò ponendosi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell’art. 111 Cost., e, per altro verso, con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale (cfr. Cass. n. 11199/12, Cass. n. 21297/16)*”⁶⁴.

⁶² R. DE NICTOLIS, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 5.

⁶³ R. DE NICTOLIS, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata*, cit., 21.

⁶⁴ Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964.

Ora, a me sembra evidente che, non dipendendo la difficoltà di un problema giuridico da dati puramente formali, occorra un certo grado di flessibilità e si debbano riconoscere ampie possibilità di deroga alle norme limitatrici. In effetti è quanto fa, specificamente, l'art. 5 del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato, stabilendo che la deroga è ammessa, in particolare, “*qualora la controversia presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse ovvero attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo anche economico, politico e sociale, o alla tutela di diritti civili, sociali e politici*”. Poiché, però, in questo modo si assegna al decisore una facoltà di apprezzamento discrezionale molto lata (difficile identificare una nozione oggettiva e indiscussa di questione “complessa” o di interesse “di particolare rilievo”), è bene ch'essa sia esercitata con la massima comprensione per le esigenze delle parti. È evidente (e anche studiosi e avvocati ne sono consapevoli) che un magistrato non può esercitare con efficienza le proprie funzioni se la mole degli scritti difensivi lo schiaccia. Tuttavia, continuo a ritenere che il problema possa risolversi soprattutto sul piano della condanna nelle spese (magari coinvolgendo - questa la proposta “eretica” che feci tempo addietro - lo stesso difensore)⁶⁵, più che su quello di una rigida delimitazione quantitativa delle difese. Del resto, come negare che talvolta difese brevi, ma scritte in forma involuta e ambigua, obblighino a un impegno intellettuale superiore a quello richiesto da difese lunghe, ma nitide e sviluppate secondo un percorso logico e coerente? Anche qui vanno sollecitate l'etica e la preparazione professionale dei difensori, ma il diritto di difesa non può essere sacrificato a esigenze di celerità formalisticamente intese, fermo restando che il suo esercizio non deve paralizzare quello della funzione giurisdizionale⁶⁶.

4.- *La sentenza giusta.*

⁶⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., 500. Di recente si è proposto di far leva sulle tariffe forensi, incentivando gli atti sintetici e penalizzando quelli prolissi (R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 21). Il ridotto valore vincolante delle tariffe, oggi, rende problematico questo rimedio, ma il quadro potrebbe cambiare se fosse previsto in legge il c.d. “equo compenso per le prestazioni professionali degli avvocati”, previsto dall'art. 19-*quaterdecies* del d.d.l. di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 (il quale reca “Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili”). Il testo del d.d.l. di conversione, approvato in Senato il 16 novembre 2017, è attualmente in corso di esame in Commissione Bilancio alla Camera (Atto Camera n. 4741).

Quanto alla leva delle spese a carico della parte, il Protocollo fra Corte di cassazione e CNF in materia civile prevede che dell'eccesso quantitativo delle difese si tenga conto in sede di statuizione, appunto, sulle spese.

⁶⁶ P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 115 e (con specifico richiamo all'etica dei difensori) 117.

Nessuna riflessione sul giusto processo potrebbe dirsi compiuta se non abbracciasse anche il tema della sentenza giusta⁶⁷. Non per tutti, nondimeno, questo è scontato. Sembra, anzi, piuttosto frequente lo sganciamento della questione della sentenza giusta da quella del giusto processo, quasi che la sentenza non fosse un atto del processo e le fosse - anzi - estranea. Si tratta di una prospettiva destituita di fondamento, sia per palesi ragioni di diritto processuale (perché, come chiarito già da Carnelutti, la sentenza è una fase - l'ultima - del procedimento)⁶⁸, sia per non meno palesi ragioni di diritto costituzionale, visto che l'obbligo di motivazione della sentenza (così come di ogni altro provvedimento giurisdizionale) è imposto dal sesto comma di quell'art. 111 Cost. che come si è visto reca *in capite* il principio del giusto processo. Né si può trascurare il fatto che nella giurisprudenza CEDU la nozione stessa di giudice è identificata dalla titolarità di un potere di decisione su una controversia (non rovesciabile da un'autorità non giurisdizionale)⁶⁹, da esercitare all'esito di un processo condotto secondo regole predeterminate⁷⁰.

L'evidente erroneità della prospettiva deve far riflettere, tuttavia, sui motivi del suo successo, che mi paiono altrettanto evidenti. Quando si ragiona sul processo, infatti, l'attenzione cade soprattutto sul rispetto delle forme, sicché, come già detto, processo giusto e processo legale sono la medesima cosa. Quando, invece, si ragiona sulla sentenza, che costituisce il punto terminale dell'itinerario processuale e mette in contatto con la sostanza delle situazioni giuridiche oggetto del contenzioso, le cose cambiano, perché le esigenze di giustizia sostanziale connesse al caso concreto cominciano ad affacciarsi prepotentemente.

Non solo. Sulla natura e sul contenuto della sentenza si scontrano, tradizionalmente, visioni opposte. Così, se per Chiovenda essa è solo "il provvedimento del giudice che afferma esistente o inesistente la volontà concreta di legge dedotta in lite"⁷¹, per Mortara "*La sentenza non crea dal nulla un diritto subbiiettivo [o un interesse legittimo, potremmo aggiungere]. ma conferisce forza ed effetto di diritto subbiiettivo ad una*

⁶⁷ La questione della sentenza giusta si è sempre posta anche nel dominio del diritto amministrativo. La natura di "atto giurisdizionale" posseduta dalla "decisione" del giudice amministrativo, infatti, era pacifica, al di là della nomenclatura, sin dalla l. 7 marzo 1907, n. 62 (lo nota E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1989, 534).

⁶⁸ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4^a ed., Roma, Il Foro Italiano, 1951, vol. II, 2. Si è sostenuto, di recente, che la sentenza sarebbe "*atto autosufficiente alla produzione dei propri effetti*", tale da staccarsi dal procedimento che la precede (A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, UTET, 1998, 242 - cors. nell'orig.), non a caso nel contesto di una ricostruzione (qui non condivisa) della sentenza come atto "di volontà" e "normativo".

⁶⁹ Sent. Camera, 19 aprile 1994, ric. n. 16034/90, *Van de Hurk v. the Netherlands*, § 45.

⁷⁰ Sentt. Plenaria, 22 ottobre 1984, ric. n. 8790/79, *Sramek v. Austria*, § 36; Grande Camera, 10 maggio 2001, ric. n. 25781/94, *Cyprus v. Turkey*, § 233.

⁷¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed. riv., Napoli, Jovene, 1936, Vol. II, Sez. I, 370.

pretesa presentata al magistrato sotto forma di domanda o di eccezione; e fa presumere che questo diritto abbia preesistito all'iniziamento del rapporto processuale, per il tempo che conviene alla sua natura e alle circostanze particolari del fatto"⁷². Due concezioni assai diverse della sentenza e della giurisdizione, come si vede, nelle prima delle quali la considerazione delle esigenze del caso non si manifesta⁷³, mentre nella seconda appare chiaramente in controluce.

Ora, a me pare che in sede di teoria generale la nozione di sentenza giusta sia stata (non necessariamente in forza di un ragionamento specifico) frequentemente sganciata da quella di processo giusto anche allo scopo di farla coincidere con quella di sentenza conforme a non meglio precisate esigenze di giustizia sostanziale. Espressione, questa, con la quale non intendo semplicemente una tutela giurisdizionale "che sia determinata a garantire l'imparzialità con la responsabilità" (come ebbe a dire Benvenuti a proposito della "giustizia amministrativa")⁷⁴, bensì una vera e propria giustizia del caso singolo, commisurata a paradigmi morali non necessariamente positivizzati.

Così, per fare solo qualche esempio, si è detto che "giusta è [...] la decisione [...] soprattutto perché «adeguata» alla *natura del fatto*"⁷⁵; che decidendo i singoli casi si deve sempre identificare "la normativa *più adeguata* e maggiormente compatibile agli interessi ed ai valori in gioco"⁷⁶; che occorre garantire che "la soluzione del conflitto avvenga *in modo equo e giusto*, cioè ragionevole"⁷⁷; che occorre sempre trovare "la soluzione maggiormente adeguata alle *ragioni del caso*"⁷⁸; che si devono comporre "*nel modo più soddisfacente possibile* le esigenze del caso e quelle del diritto"⁷⁹; che l'opera del giudice è "*ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto*"⁸⁰; che "nel conflitto tra il diritto e il caso, cioè le *esigenze del caso*, l'ordinamento sceglie

⁷² L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 3^a ed. riv., Milano, Vallardi, Vol. II, 547 (cors. nell'orig.). Questa "presunzione" sembra collegarsi implicitamente alle esigenze di certezza cui la sentenza (idonea a passare in giudicato) è preordinata. Sul collegamento fra sentenza e certezza v., in particolare fra gli amministrativisti, F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 1026 sg.

⁷³ V. ancora G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., Vol. I (1935), 180, ove si dice che la volontà del giudice "non mira che a formulare la *volontà della legge*, sebbene la sua mente abbia anche in vista gli effetti che ciò produrrà e la sua attività sia indirizzata oggettivamente a produrli" (cors. nell'orig.).

⁷⁴ F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 611.

⁷⁵ Così E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 213 (cors. mio).

⁷⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, Jovene, 2006, 581 (cors. mio).

⁷⁷ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 99 (cors. nell'orig.).

⁷⁸ A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 18 (cors. mio).

⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, nuova ed., Bologna, Il Mulino, 1988, 41 (cors. mio).

⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 179 (cors. nell'orig.).

queste ultime”⁸¹; che la giurisprudenza, essendo un’attività pratica, dovrebbe raggiungere il risultato “più conveniente ai fini della giustizia, o ai fini degli interessi della comunità, o quant’altro”⁸².

Va detto con nettezza: posizioni di questo genere dissolvono la forza precettiva del diritto e la sua stessa capacità di regolazione dei rapporti sociali. Contrapporre le esigenze del caso a quelle del diritto, infatti, significa asserire che il caso non trova nel diritto (*scil.*: nel diritto positivo, in particolare nel diritto scritto) il paradigma per la propria definizione, la quale deve valersi, pertanto, di risorse esterne. Risorse che sono inevitabilmente attinte dalla soggettiva coscienza del giudice o al massimo dalla coscienza sociale per come il giudice (non si sa sulla base di quale legittimazione o competenza) l’interpreta. Non è questa la sede per soffermarsi ulteriormente su una questione di simile delicatezza⁸³, ma balza subito agli occhi che ragionamenti come questi sovrappongono la morale al diritto⁸⁴, trasformando il giudice da strumento della legalità in strumento della giustizia sostanziale, con la non trascurabile difficoltà, però, che la nozione generale di giustizia sostanziale e le applicazioni concrete di tale nozione sono fatalmente e gravemente disputate.

In realtà, se si vuole dare un senso giuridicamente accettabile alla nozione di sentenza “giusta”, questa non può essere la sentenza che decide la controversia secondo il sapiente, ma fatalmente arbitrario, apprezzamento del giudice (richiamando la nozione di giustizia “come valore, come virtù attinente al libero volere”)⁸⁵, bensì quella che rispetta la legalità. La preoccupazione di molti, che l’osservanza della legalità potrebbe mettere a rischio il rispetto della legittimità, non ha ragione d’essere proprio in quello Stato costituzionale di diritto che, invece, per i neocostituzionalisti è assunto come l’argomento storico per disgregare l’edificio di un’interpretazione giuridica rispettosa della norma scritta e frettolosamente liquidata come “positivista”. È in quello Stato, infatti, che la legittimità, positivizzata nella Costituzione rigida, si vede attribuire uno specifico garante, nella forma di un tribunale costituzionale. È in quello Stato, pertanto, che le ragioni della legalità possono conciliarsi con quelle della legittimità grazie all’intervento di quel tribunale. È in quello Stato, infine, che è particolarmente

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 184 (cors. mio).

⁸² G. BOGNETTI, *Relazione (Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica)*, in AA. VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Annuario AIC 2002, Padova, Cedam, 2004, 34 (cors. mio).

⁸³ Ho cercato di farlo in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*, ove sono svolte con maggiore respiro le considerazioni che qui si sintetizzano.

⁸⁴ Sulle conseguenze di questo passo per la specifica cultura dei costituzionalisti mi permetto di rinviare al mio *Le salmerie della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 1 sgg.

⁸⁵ E. OPOCHER, *Giustizia (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 558.

insopportabile che il giudice comune, invece di adire quello costituzionale (come può e deve fare in ordinamenti come il nostro, che conoscono l'accesso incidentale), faccia da sé giustizia pretesamente costituzionale, ma in realtà sostanziale, omettendo di sollevare la *quaestio de legitimitate*.

La crisi del giudizio incidentale di costituzionalità, indubbiamente, è dovuta anche agli eccessi di una giurisprudenza costituzionale troppo rigida quanto all'onere di esperire il tentativo di interpretazione conforme e il ripensamento che di recente la nostra Corte ha dimostrato di coltivare, riprendendo (ma in realtà profondamente correggendo) un proprio vecchio *dictum* e affermando che “*Se, dunque, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)» (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospetterne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela [...] necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile*”⁸⁶ è probabilmente tardivo. Nondimeno, anche i giudici comuni, lusingati da una dottrina dell'interpretazione che sembra averli svincolati da qualunque limite derivante dal diritto positivo, hanno la loro parte di responsabilità.

La sentenza che il giudice deve emettere, dunque, non deve essere “giusta” dal punto di vista di un'inattuabile giustizia sostanziale onnicomprensiva, bensì, semplicemente, “esatta” o se si preferisce “corretta”, nel senso che deve assegnare correttamente il torto e la ragione sulla base del diritto positivo (che la sentenza sia “esatta” o “corretta”, è bene precisare, lo si può dedurre dal consenso ottenuto in dottrina e in giurisprudenza, esattamente come una teoria scientifica è “esatta” perché e finché è riconosciuta tale dalla maggioranza degli esperti)⁸⁷. I convincimenti morali, pertanto, non hanno e non possono avere nulla a che fare con la nozione di sentenza giusta. Certo, poiché sono diritto positivo anche le clausole generali, il margine di apprezzamento nelle mani dell'interprete (in particolare: dell'autorità giudiziaria) può

⁸⁶ Sent. n. 42 del 2017. Si può notare che sull'interpretazione conforme al diritto internazionale la Corte era già stata più prudente: v., ad es., la sent. n. 349 del 2007, ora ribadita dalla sent. n. 43 del 2017, nella quale si scrive che “*al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale «interposta», egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma*”.

⁸⁷ Sul punto, mi permetto di rinviare ancora al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., spec. 408 sg.

anche essere molto consistente, ma non può mai sconfinare nella valutazione del pregio morale di questo o di quel modo di composizione di una concreta controversia⁸⁸.

Tuttavia, parlare di sentenza “giusta” può ancora avere un senso. Ferme restando queste premesse, infatti, con questa espressione si potrebbe alludere semplicemente a una sentenza che, oltre a essere “esatta” o “corretta”, arriva al termine di un processo giusto⁸⁹. Processo giusto e sentenza giusta, in questa prospettiva, starebbero, dunque, esattamente sul medesimo piano: è “giusto” il processo “legale” ed è parimenti giusta la sentenza che alla fine di un simile processo legale è resa. Non sembra avere molto senso, allora, dire che “l’ingiustizia di una procedura è molto più dannosa che l’ingiustizia di una decisione”⁹⁰, perché le due cose (ingiustizia della decisione e ingiustizia del processo) stanno e cadono assieme. Al termine di un processo ingiusto, insomma, si può anche avere una sentenza che conforta il proprio senso morale sostanziale, ma non una sentenza giusta, nel senso che qui si è cercato di precisare.

Non solo. Quando si parla di giusto processo si deve ricordare che almeno uno dei suoi principi riguarda direttamente la sentenza: quello della motivazione. Una sentenza non motivata, che non ha tenuto conto degli argomenti delle parti, che si è pronunciata oracolarmente sulla questione decisa, potrà anche essere considerata moralmente soddisfacente o anche condivisibile sul piano della corrispondenza fra il *decisum* e i parametri normativi di giudizio (epperò “esatta” o “corretta”), ma non sarà mai giusta. Insisto: non si tratta del mancato rispetto dei paradigmi della giustizia sostanziale, ma di quello di un precetto attinente al processo. Solo in questi termini può avere senso distinguere la sentenza esatta o corretta dal (solo) punto di vista del diritto sostanziale dalla sentenza giusta perché è rispettosa (anche) del diritto processuale.

A scanso di equivoci, preciso che non intendo, in questo modo, esaltare quella *Legitimation durch Verfahren* che è stata esaltata da Niklas Luhmann⁹¹, ma che a mio avviso non esaurisce affatto tutte le aspettative di legittimazione dei moderni ordinamenti democratici. Nondimeno, il rispetto delle regole del procedimento e del

⁸⁸ La discussione sulle clausole generali ha ripreso, di recente, nuovo vigore. Non mi sembra casuale, perché è su questo terreno che maggiormente si misura la differenza fra teorie “creative” e non della funzione giurisdizionale. Ottimi esempi di sensibilità assai diverse su questa problematica si trovano in AA. VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura di G. D’Amico, Milano, Giuffrè, 2017, e in AA. VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, Giuffrè, 2017. Specificamente nella dottrina costituzionalistica, il tema è stato ampiamente trattato da F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

⁸⁹ P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 89; P. PELLEGRINELLI, *Giusto processo (civile)*, cit., 646.

⁹⁰ Analogamente, P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, cit., 89.

⁹¹ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, rist. della 3^a ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, 73 sg.; ID., *Macht*, Stuttgart, Enke, 1975, tr. it. di R. Schmidt e D. Zolo, *Potere e complessità sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1979, *passim*.

processo resta fondamentale per il buon funzionamento delle istituzioni e per la costruzione del consenso ch'esse possono ricevere dalla pubblica opinione. È proprio per questo che possiamo qualificare come giusta la sentenza che non ha rispettato solo il diritto sostanziale (in quanto esatta o corretta) ma anche quello processuale. Lungi dal ricercare la propria missione nell'inseguimento della conformazione a una giustizia sostanziale troppo disputabile per non aprirsi a soggettive e fatalmente arbitrarie determinazioni, il buon giudice saprà vedere la realizzazione della propria funzione sistemica e, allo stesso tempo, la fonte autentica della propria legittimazione sociale nella semplice osservanza della legge sostanziale e della legge processuale. E se questo urtasse il suo soggettivo sentimento di giustizia sostanziale dovrà rassegnarsi a fargli cedere il passo, fermo restando che qualora questo sentimento originasse dalla percezione di un conflitto fra l'ordinaria legalità e la più alta legittimità la soluzione starebbe nell'accesso alla giurisdizione costituzionale, che di quella più alta legittimità, nella misura in cui è stata positivizzata in Costituzione, è custode. Tale accesso non è una semplice *facoltà*, ma un *dovere* del giudice, in un sistema di giustizia costituzionale qual è il nostro, che realizza un raffinatissimo equilibrio tra diffusione dell'accesso e accentramento del sindacato di costituzionalità, garantendo il primato della Costituzione senza il sacrificio dell'imperatività e dell'esecutorietà della legge, della quale non è consentita la disapplicazione⁹², palese od occulta che sia.

Per ben mostrare la sostanza della questione che qui è posta non trovo guida migliore di una pagina che Carnelutti scrisse in viaggio per l'America del Sud, negli anni '40, oggi ripubblicata per i tipi di Giappichelli. "Sulla carta", scriveva Carnelutti, "il giudice è un servitore della legge. Il legislatore sta sopra e il giudice sta sotto. *Dura lex sed lex*. Così è la teoria". Eppure, la teoria, aggiungeva, non necessariamente trova conferma nella vita reale. "Nella realtà della vita la lotta del fatto contro la legge si converte in lotta tra il giudice e il legislatore. Ora che il legislatore domini e il giudice sia dominato è piuttosto apparenza che realtà. In realtà, come il diritto culmina nel giudizio, così il giudice finisce per giudicare anche il legislatore [...]. Vi sono naturalmente giudici e giudici; né ciascun d'essi ha oggi il cuore del pretore romano; tuttavia un giudizio che non contenga una dose, grande o piccola, di correzione della legge, è assai raro. Se questa *santa soperchieria* non si scopre quasi mai a occhio nudo, è frutto della consueta mascheratura [...]"⁹³.

Qui si palesa il nocciolo della questione: secondo Carnelutti il giudice, per far valere esigenze di superiore giustizia sostanziale, forza la lettera della legge, anzi, si "ribella"

⁹² La stessa pretermissione della legge nazionale a vantaggio del diritto eurolunitario, peraltro, non è vera disapplicazione, bensì "non applicazione", come la giurisprudenza costituzionale da tempo ha chiarito.

⁹³ F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Torino, Giappichelli, 2017, 62 (cors. mio).

al legislatore, operando una “soperchieria” che costituisce un formale abuso, ma sostanzialmente è “santa”, proprio perché salvaguarda quelle esigenze. Ebbene: quel che un grande giurista come Carnelutti scriveva allora non può essere ripetuto oggi: la “santa soperchieria” non è più consentita. E non lo è perché oggi il giudice ha a disposizione un rimedio che negli '40 non aveva: può, infatti, rivolgersi alla Corte costituzionale (o, se necessario, alla Corte di giustizia) per far prevalere le ragioni della legittimità su quelle della legalità. La legittimità non è più priva di un usbergo a petto della legalità, ma ha il suo garante. E questo garante non solo può, ma *deve* essere adito, quando della legittimità è necessario ripristinare le ragioni. Non spetta al giudice tutelare la legittimità se questa non è stata incorporata nella legalità e soprattutto non spetta al giudice far valere una legittimità non positivizzata, non recepita al livello delle fonti costituzionali. Si dice spesso che le costituzioni contemporanee non sarebbero altro che diritto naturale positivizzato, ma poi ci si contraddice, assegnando al giudice il compito di far valere un diritto naturale che nelle costituzioni non è ospitato. Non si tratta tanto di affermare che il legislatore “sta sopra” il giudice, ma semplicemente che sopra il giudice sta la legge e che sopra la legge sta la Costituzione, che il giudice può far valere servendosi dell’interpretazione costituzionalmente conforme sinché glielo consente la lettera della legge, ma deve contribuire a tutelare rivolgendosi alla Corte costituzionale quando il testo non gli consente di conciliare l’inconciliabile. Nulla più e nulla meno di questo.

Massimo Luciani

(Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Roma -
La Sapienza)

Publicato il 30 novembre 2017